

# As reformas do sistema processual brasileiro e a aproximação das famílias da *Civil Law* e *Common Law*: (im)propriedades do pensamento jurídico sob uma perspectiva da hermenêutica filosófica

**Autor: Fausto Santos de Moraes**

Advogado, Especialista em Direito Tributário pela UPF/RS

Publicado na edição 28 - 24.03.2009

## Resumo

O texto procura mostrar que as reformas introduzidas no sistema processual brasileiro, no que se refere à criação da Súmula Vinculante, da Repercussão Geral e dos Recursos Especiais Repetitivos, reproduzem o caráter normativista e cientificista do pensamento jurídico. Aborda-se para tanto as principais características das famílias jurídicas da *Civil Law* e da *Common Law*, demonstrando assim a aproximação delas em razão das modificações promovidas. Todavia, seguindo a análise através de uma perspectiva com aportes da hermenêutica filosófica no direito, procura-se apresentar aspectos imanentes à reforma que não se mostram adequados ao modelo de Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** *Civil Law*. *Common Law*. Hermenêutica filosófica no direito. Reformas do sistema processual brasileiro.

**Sumário:** Introdução. 1 Principais pontos da reforma no sistema processual brasileiro: aproximação entre as famílias da *Civil Law* e *Common Law*. 2 (Im)propriedades do pensamento jurídico brasileiro. 3 As reformas reproduzindo o normativismo e o encobrimento da diferença. 4 A Nova Crítica ao Direito: uma tese necessária para uma jurisdição possível. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## Introdução

O sistema processual brasileiro, nos últimos três anos, teve alterações promovidas pelas Leis nos 11.417/06 (Súmula Vinculante), 11.418/06 (Repercussão Geral) e 11.672/08 (Recursos Especiais Repetitivos), criando novas categorias processuais no que tange ao modelo recursal, implicando uma reconfiguração no funcionamento do sistema jurídico.

A modificação legislativa pode ser considerada como a solução mais simples para os problemas jurisdicionais como a demora e o abarrotamento dos tribunais pátrios, dotando o sistema processual de mecanismos que indiscutivelmente aumentam quantitativamente a produção da justiça.

Todavia, a dúvida fica quanto à possibilidade do sistema processual assimilar as mudanças mantendo o compromisso com direitos e garantias fundamentais que influem substancialmente no processo, como o devido processo legal (artigo 5º, LIV). Será que o sistema está preparado para acomodar os instrumentos apresentados pela reforma e ao mesmo tempo garantir uma jurisdição qualitativa dirigida pelo devido processo legal?

Pela tônica das alterações, parece ter sido identificado que o problema da jurisdição brasileira está depositado nos canais de acesso e na amplitude de possibilidades recursais, fatos que permitem, respectivamente, a proposição de ações improcedentes<sup>(1)</sup> e de um grande volume de recursos aos tribunais superiores sobre a mesma matéria. Essas consequências inflacionam o poder judiciário, retirando-lhe o tempo necessário à análise e à deliberação sobre processos de maior relevância jurídica.

O objetivo do texto é fazer um exame das principais características das famílias jurídicas, demonstrando a acentuação da aproximação entre elas em virtude da reforma e especulando as possíveis consequências em razão disso. Busca-se, ainda, evidenciar que, apesar das modificações, o sistema jurídico brasileiro mantém-se refém de ideias que impedem que a jurisdição se mostre adequada a um devido processo legal, utilizando-se de aportes da hermenêutica filosófica no direito.

Para tanto, no primeiro item apresentar-se-ão, mesmo que de maneira breve, as principais características do sistema jurídico de origem da família *Civil Law*, juntamente com a influência que tem sobre o pensamento jurídico dos países ligados a esse modelo, sendo esse, por exemplo, o caso brasileiro.

### **1 Principais pontos da reforma no sistema processual brasileiro: aproximação entre as famílias da *Civil Law* e *Common Law***

A modificação promovida no sistema processual brasileiro acende a discussão quanto à rigidez da formatação do seu modelo fundado na *Civil Law* e a possibilidade desse sistema se tornar mais flexível a ponto de adotar elementos que o tornem mais parecido, ou até mesmo similar, ao *stare decisis*, marco característico da *Common Law*.

A jurisdição brasileira é influenciada pelo direito romano-canônico, adotando o modelo entabulado pela *Civil Law* para a resolução dos conflitos, conferindo à jurisprudência um papel secundário na produção do direito com a intenção de que o julgador, na sua atuação, se mantivesse limitado ao marco pré-disposto pelo legislador.

Acontece que a própria característica da legislação sempre demandou do poder judiciário uma atividade interpretativa, mesmo que ela fosse para tornar a abstração da norma em concretude do caso levado a julgamento. A identificação de que o caso concreto se adaptaria à premissa maior contida na legislação sempre foi o raciocínio emprestado ao julgador. A concepção de que a lei seria a principal fonte do direito da *Civil Law* vem sendo abrandada, com o reconhecimento da importância da jurisprudência como uma fonte complementar para o alcance do sentido da norma. Logo, a atuação do juiz passou a ser vista como meio de clarificar o sentido das normas de caráter vago ou geral. **(2)**

Assumindo sentido parecido, Larenz entende que a jurisprudência, nos países que assumem o modelo de codificação, como é o caso do Brasil, procura colmatar lacunas juntamente com a necessidade de adaptar a lei a diferentes situações que podem surgir na sua aplicação ao caso concreto. **(3)** Para ser justo, no modelo baseado na família da *Civil Law*, o poder judiciário sempre teve que utilizar da interpretação para aplicar a legislação ao caso concreto, fazendo do juiz um mediador escondido dessa fórmula, como bem admite Merryman. **(4)**

Além disso, movimentos históricos e políticos, como assume Cappelletti, **(5)** fizeram com que o sistema da *Civil Law* tivesse revisto os seus postulados fincados na certeza da lei, dando margem a uma atuação jurisprudencial dos tribunais. Aqui, tem-se espaço para pensar também a nova característica imprimida pelo novo constitucionalismo ao incorporar nas constituições pós-guerra uma série de princípios cuja semântica ou concretização passa a ser dada pela jurisdição. **(6)**

A partir de então se pode notar pelo menos dois motivos para a transformação do poder judiciário no palco de discussões das relações sociais. O primeiro diz respeito à própria característica da *Civil Law* em criar normas para o maior número de relações sociais, procurando determinar o andar da sociedade por leis, decretos e regulamentos, cuja interpretação em caso de conflito vem a recair sobre o poder judiciário. O segundo pode ser identificado como a constitucionalização de direitos fundamentais num contexto democrático, reconhecendo-se um âmbito de

atuação do poder judiciário na concretização de tais direitos, principalmente com o déficit existente entre aquilo positivado e o efetivamente visto na sociedade.

Principalmente por causa desses dois motivos, o poder judiciário se viu lançado numa tarefa de tutelar boa parte das relações sociais, inclusive substituindo o âmbito de conformação privado entre as partes e também investindo-se das competências historicamente concebidas com exclusividade a outros poderes, como o legislativo e o executivo, movimento que é conhecido na comunidade jurídica como a judicialização das relações sociais.<sup>(7)</sup> A evidência desse movimento pode-se ver principalmente na busca por parte da população da concretização de direitos fundamentais, como a saúde e a educação, positivados na norma constitucional, reconhecendo ao poder judiciário o meio mais próximo e rápido de sua concretização.<sup>(8)</sup>

Demonstrado isso, o poder judiciário, nessa quadra da história, se vê lotado de um grande volume de demandas, fazendo com que a sua estrutura comece a entrar em colapso, pois não dá conta de todo o serviço que lhe é exigido. Para responder a essas exigências, o legislador brasileiro apresentou reformas para desafogar o poder judiciário, pensando em instrumentos que venham a substituir a produção quantitativa do sistema por outra qualitativa.

Sob o referido pano de fundo, a reforma do sistema processual brasileiro teve o seu início com a Emenda Constitucional n° 45, em 08.12.2004, criando os institutos constitucionais da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral, ligados à prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal.

A Súmula Vinculante foi criada pela adição do artigo 103-A da Constituição, tendo como objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública. As Súmulas Vinculantes serão aprovadas por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

A Lei n° 11.417, de 19.12.2006, veio a regulamentar a Súmula Vinculante, estabelecendo os critérios para a sua edição, revisão e cancelamento, bem como apresentando a reclamação como instrumento processual hábil para a reforma as decisões e atos que viessem a contrariar o enunciado da Súmula Vinculante.

Na mesma emenda, o artigo 102 da Constituição teve o acréscimo do parágrafo terceiro, pelo qual se fez condicionar a admissão do Recurso Extraordinário à demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, sendo que os votos de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal poderiam recusar a apreciação do recurso.

Adveio em seguida a Lei n° 11.418, de 19.12.2006, estabelecendo no artigo 543-A do CPC, em síntese, que a decisão de repercussão sobre determinado assunto valerá para todos os recursos que versarem sobre a matéria idêntica. E, complementando, o artigo 543-B do CPC determinou que, se houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Tribunal de origem será responsável por selecionar um ou mais recursos que serão representativos da discussão.

Ainda sobre a matéria recursal, a Lei n° 11.672, promulgada em 08.05.2008, determina que, havendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, encaminhando-os ao Superior Tribunal de Justiça, sobrestando o andamento dos demais. Havendo o julgamento da questão idêntica, os recursos contra os acórdãos que coincidirem com a decisão terão o seu seguimento denegado, e os contra aqueles acórdãos que

divergirem serão novamente apreciados. Nestes últimos, mantendo-se a decisão do acórdão contrário à decisão do Superior Tribunal de Justiça, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. A recente Resolução nº 7, de 14.07.2008, do Superior Tribunal de Justiça estabelece os procedimentos para o processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos, cuja principal disposição delega ao presidente do respectivo Tribunal a tarefa de escolher os processos que representem os demais.

Como já se havia dito, é possível identificar no âmago das reformas a criação de categorias processuais que tomam emprestado a dinâmica desenvolvida pela *doctrine of precedents*, sem fazer o trabalho hermenêutico de adequação ao sistema jurídico brasileiro. Quer se dizer com isso que o sistema da *Common Law* desenvolveu toda a sua tradição no uso da doutrina dos precedentes.<sup>(9)</sup> Na jurisdição, isso implica uma influência que pode ser sentida tanto nos raciocínios dos juristas como na dinâmica social e política que existe entre a sociedade e o poder judiciário.

A Súmula Vinculante pode servir de exemplo em que o legislador procurou tornar as decisões do Supremo Tribunal Federal um precedente, vinculando os demais tribunais ligados ao sistema, juntamente com os órgãos da administração pública que venham a deliberar sobre o assunto decidido.

Quanto à Repercussão Geral e aos Recursos Repetitivos, é possível também notar certa aproximação com a família da *Common Law*, novamente sob a sombra do precedente. Esse instrumento permite que as cortes superiores não sejam obrigadas a analisar todos os recursos que envolvam a mesma matéria, limitando a sua atuação aos recursos representativos da controvérsia e, com base nestes, aplicar a solução aos demais processos que versem sobre o litígio.

Embora as reformas realizadas possam proporcionar um desafio ao volume de trabalho dos tribunais superiores e também contribuir para que os tribunais brasileiros venham a uniformizar as suas decisões, entende-se que existem aspectos nas inovações que remontam a velhos problemas enfrentados pela comunidade jurídica, como o normativismo de caráter positivista e a vinculação à filosofia da consciência, incongruentes com um paradigma de Estado Democrático de Direito, como será apresentado na próxima seção.

## **2 (Im)propriedades do pensamento jurídico brasileiro**

A partir de então o texto irá explorar as reformas promovidas no sistema processual brasileiro, destacando que, ao utilizar instrumentos moldados sob a influência da regra do precedente típico da *Common Law*, elegendo-os como hábeis para maximizar a celeridade da prestação judicial, bem como estabelecendo um padrão de orientação da jurisprudência, se consegue notar indícios próprios que vinculam o pensamento jurídico brasileiro ao normativismo e ao cientificismo.

Pode-se atribuir ao normativismo ideias que impedem o direito de assumir a sua condição teleológica na busca dos objetivos marcados ao projeto constitucional, não sendo possível para isso a utilização de modelos epistemológicos instrumentais como o cientificismo, desenvolvidos para outro tipo de racionalidade que não o da prática humano-social ou, mais especificamente, da prática política.<sup>(10)</sup>

Desenvolvendo melhor a ideia, demonstrar-se-á como as reformas promovidas no estatuto processual brasileiro reproduzem o normativismo e o cientificismo jurídico, condicionamentos intrínsecos que impedem um direito adequado ao princípio do devido processo legal.

## **3 As reformas reproduzindo o normativismo: o encobrimento da diferença**

Como visto no início do presente texto, o sistema jurídico brasileiro deriva da família da *Civil Law*, onde o direito sempre foi reconhecido por adotar uma rígida separação entre as competências dos órgãos de exercício do poder do estado, atribuindo ao legislador um poder onipotente de determinar as regras de maneira geral e abstrata.

A ascensão desse modelo a partir do Século XVII converge com um movimento filosófico influenciado pelas ciências lógicas, fazendo com que o direito passe a desenvolver a sua racionalidade por meio de deducionismos e silogismos. As regras gerais e abstratas criadas pelo legislador garantiriam a segurança de que o ato de interpretação do direito estivesse sempre vinculado ao critério da previsibilidade.

Essa pretensão de universalidade da epistemologia das ciências exatas a todas as ciências pode ser observada, por exemplo, nos pensamentos de dois filósofos que influenciaram as ciências sociais e, por consequência, também o direito.

Um deles é Descartes, filósofo do Século XVII que desenvolveu um método baseado nas ciências matemáticas procurando fazer com que o conhecimento das coisas só poderia ocorrer se elas fossem dividas no maior número de partes possíveis. Num movimento deducionista das partes para o todo, o conhecimento com maior precisão e clareza das partes obrigatoriamente, numa junção, determinaria um conhecimento pleno do todo.**(11)** Faz parte desse método o desenvolvimento de cadeias lógicas, com base nas construções geométricas, em que primeiro se deveria pensar as questões mais fáceis para que, por meio de deduções, pudesse se conhecer questões mais complexas. Uma seriam deduzidas das outras.**(12)**

Outro filósofo que se pode destacar é Leibniz, pensador do Século XVIII que, ao procurar evitar uma cadeia infinita de silogismos para a demonstração da validade de um raciocínio, determinou corte no conhecimento, estabelecendo a presunção da veracidade de certas proposições gerais, das quais outras poderiam ser deduzidas. Assim, a divergência quanto às ideias terminaria em determinado ponto, onde o consenso entre as partes significaria uma verdade comum ou uma parte de verdade.**(13)**

Transportando para o conhecimento jurídico, a decisão do juiz poderia ser considerada como certa desde que pudesse ser remontada de maneira dedutiva à lei, utilizando esta como um critério de correção da jurisprudência. Portanto, a validade do direito criado pelo juiz viria da certeza da lei, criada pelo legislador, dando ao direito a segurança necessária.

Seria através da aplicação silogística da lei que o julgador poderia decidir as contendas sem inovar ou utilizar-se de qualquer juízo de valor, transformando o direito numa ciência pura, isolada de qualquer influência de outros ramos do conhecimento. Essa ideia foi bem desenvolvida no Século XX por Hans Kelsen, jurista que construiu uma teoria do direito que prescindisse de qualquer outro elemento que não fosse propriamente o jurídico.**(14)** Rocha destaca que, com Kelsen, o positivismo jurídico teria como característica ser um sistema fechado de conceitos e princípios universais cuja validade da norma jurídica poderia ser evidenciada independente de critérios *jusnaturalis*.**(15)**

Essa breve recapitulação permite que se introduza a ideia de normativismo como sendo a mais influente corrente do pensamento jurídico sob os sistemas da *Civil Law*, pelo qual, com base no exposto, basta ao direito a determinação legislativa de regras, independente de outras reflexões morais, sociais ou políticas. Melhor dizendo, sob a busca de um conhecimento racional abdicou-se o plano da concretude e da problematidade dos fatos para privilegiar-se a abstração e certeza da lei. Como refere Silva, o direito passou a ser a norma estudada estritamente nos moldes da racionalidade típica do cientificismo das ciências exatas.

(16)

Da pior maneira possível a segurança jurídica advinda do positivismo jurídico e de sua formação lógica dedutivista atingiu o patamar de dogma no direito, suportando um senso comum teórico que equipara a lei ao direito.(17) desconhecendo toda a inovação proporcionada pela inserção de novos paradigmas a partir do Século XX, como a constitucionalização e a democratização.

Indo mais à frente, junto com Warat, é possível reportar que o imaginário jurídico é apoiado num realismo das significações, em que a razão pode ser construída de maneira permanente e abstrata, independente de elementos de produção histórica.(18) Dizendo de maneira mais simples: o processo de produção do direito passa a prescindir da sociedade, dos fatos ou do contexto social.

Mantendo-se com a tradição normativista, a reforma do sistema processual brasileiro está mergulhada nesses ideais de positivismo jurídico e da filosofia da consciência, fechando os seus olhos para a complexidade que é pensar o direito num modelo que venha a primar pela democracia e pelo Estado de Direito.

A modificação imprimida pela reforma parece procurar legitimar por meio da lei a instauração de um realismo jurídico na *Civil Law*, sendo possível perceber isso no fato de que a Súmula Vinculante possivelmente fará com que o direito, que tradicionalmente sempre foi concebido como obra do legislador, passe a ser produzido pelo juiz, num processo de apreensão da essência dos problemas jurídicos e criação de regras gerais e abstratas para a resolução deles.

Ao contrário daquilo que orienta a criação do precedente na família da *Common Law*, que é a produção do direito no caso concreto,(19) a Súmula Vinculante será criada como um cânone para a aplicação da legislação. Ou seja, ela irá determinar como uma determinada regra criada pelo legislador deverá ser aplicada, vinculando todo o sistema jurídico e os órgãos administrativos do Estado. Estar-se-á apostando novamente numa ideia generalizante de direito, em que o caso concreto fica relegado ao segundo plano.

Isso pode significar, como se já tem amostra, que o modelo positivista será substituído ou incrementado por um pseudorealismo jurídico. Como apresenta Andrea Ferreira, o realismo jurídico se apoia na ideia de que o direito é aquele aplicado pelos tribunais no julgamento dos casos concretos.(20) O pseudorealismo será a criação pelos tribunais de uma fórmula de aplicação da legislação, estabelecendo critérios *in abstrato* para tanto. O pior é que o pseudorealismo representará a duplicação da fórmula positivista. Explicando melhor: pela amostra que se tem da edição da Décima Súmula Vinculante, que determina a exigência de observância do artigo 97 da Constituição Federal,(21) a tônica será de que as regras somente terão validade depois de serem editadas súmulas determinando a sua aplicabilidade.

O cerne do problema está depositado na manutenção do esquema sujeito-objeto enquanto parâmetro para a interpretação e aplicação do direito, condição que, possivelmente, criará ainda problemas para a compreensão da função da Súmula Vinculante no direito brasileiro.

Como subsídio para a análise da Súmula Vinculante, é imprescindível a comparação com o precedente utilizado pelo modelo da *Common Law*. O precedente serve como regra entre as partes postulantes, estabelecendo o direito no caso concreto envolvido no julgamento. A regra do direito, nesse caso, é criada *in concreto* no momento da aplicação do direito. A análise feita se dá sob condições analógicas, comparando a similitude da situação e, em razão disso, prevendo-se a aplicação da regra precedente. Todavia, identificada diferença no caso em apreço quanto às circunstâncias que determinaram a criação da regra precedente, poderá o

juulgador deixar de aplicá-la, pois o caso é diferente. Essa é a grande virtude da doutrina do precedente, quer dizer, a possibilidade do juiz reconhecer no caso concreto circunstância que permita a criação de outra regra (*distinguishing*), visto que o precedente não serve para regular aquele caso que se apresenta em condições diferentes.

No caso da Súmula Vinculante brasileira ela passa a decidir sobre a aplicação da regra jurídica, criando uma regra jurídica adicional. Quer dizer: o tribunal irá criar uma regra para que a regra (lei) seja aplicada. Diferente da tradição da *Common Law*, em que o caso concreto poderá modificar a regra, no sistema brasileiro a Súmula Vinculante adquire *status* de lei, sendo aplicada de maneira geral e abstrata, vicissitude que possivelmente determinará a criação do direito independente da análise do caso concreto. Esse tipo de orientação ignora toda a complexidade das relações sociais, apostando numa realidade apreensível por meio de uma representação sumular, típica do modelo cientificista que faz do direito brasileiro um produto de silogismos.

A forma com que as duas famílias pensam a criação do direito é que impõe a perniciosidade na utilização da Súmula Vinculante no sistema jurídico brasileiro. A *Civil Law*, acostumada a formular regras gerais e abstratas, demanda um movimento compreensivo diferente daquele utilizado pela *Common Law* para a criação dos precedentes. O primeiro está acostumado a um movimento deducionista, onde a regra jurídica é criada com a pretensão de universalidade. O segundo, de maneira indutiva, onde a regra jurídica é formulada tão somente com a intenção de resolver o caso concreto, criando uma regra individual e concreta. A preocupação se dá no fato de que a Súmula Vinculante tenderá a deixar de lado o caso concreto e a regra individual, procurando apresentar regras gerais e abstratas, função que já estaria designada pelo sistema à lei. O que se pode projetar é a dissociação da criação jurisprudencial das circunstâncias do caso concreto, geometrizando-as para facilitar a sua adaptação ao enunciado sumular.(22)

Parece que a saída apropriada será o reducionismo cognitivo fincado sobre uma metafísica objetivista ou a filosofia da consciência. Pela primeira, que as coisas possuem uma essência própria que pode ser apreendida pelo homem, que, jungida à segunda expressão, poderá ser representada/formalizada pelo homem como sujeito transcendental. O conhecimento será a tensão entre um dualismo objetivista e subjetivista, pelo qual poderá o homem apreender e representar verdadeiramente a essência das coisas.(23)

O ideal da filosofia da consciência já se mostra evidenciada no direito brasileiro, bastando prestar atenção nas dissociações que se faz na intelecção de questões de fato e de direito, texto e norma, por exemplo. Tais dualismos ainda remetem a uma epistemologia metódica onde o sujeito/intérprete atribui o sentido ao objeto/direito. Sob tal paradigma, a aposta é feita numa racionalidade humana transcendental, que lhe possibilita conhecer todas as coisas e assim determiná-las. É nesse ideal de racionalidade ou cientificismo que se desenvolve o direito brasileiro.

Voltando à ideia de reducionismo cognitivo, o pensamento jurídico da família da *Civil Law* permitiu que o conhecimento do legislador servisse de parâmetro para a formulação das regras, aplicadas uniformemente à sociedade, crença que se repete ao dotar o julgador de poderes para determinar a aplicação da legislação mediante um enunciado sumular ou ao escolher, por exemplo, recursos que representem a controvérsia da matéria discutida, no caso da comprovação de repercussão geral e dos recursos repetitivos, respectivamente, para apreciação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Caberá, assim, no caso da Súmula Vinculante, aos ministros do Supremo Tribunal Federal captar a essência da aplicação da legislação, digo, do direito ao caso concreto, transferindo-o para um verbete sumular que direcionará a interpretação *in abstracto* para os casos futuros. Parece,

assim, não mais que a criação de cânones interpretativos ou, se se quiser, métodos. No outro instrumento de desafogo referido, escolha dos recursos no caso de repercussão geral e de recursos repetitivos, estar-se-á apostando novamente na essência da discussão ou dos objetos eleitos pelo presidente do tribunal, a quem cabe a escolha de um ou mais recursos representativos da controvérsia.

A vinculação ao modelo aqui denominado como redução cognitiva impede que o sistema jurídico se inscreva no Estado Democrático de Direito, dificultando que o cidadão obtenha o provimento jurisdicional com atenção ao devido processo legal substantivo<sup>(24)</sup> a partir do momento em que as suas razões não são conhecidas, e sim representadas pelas vozes de outrem. No anseio à celeridade e, por que não falar, à utilidade do sistema,<sup>(25)</sup> se perde aquilo de mais precioso, que é o caso concreto, momento individual e único quando a parte postula a instauração ou concreção da justiça.

Veja-se, o problema transcende os limites jurídicos, se é que eles podem ser realmente delineados, envolvendo uma atitude hermenêutica que venha a superar as presilhas da metafísica objetificante ou da consciência do sujeito de maneira solipsista, como a da tese da Nova Crítica ao Direito, vista na próxima subseção.

#### **4 A Nova Crítica ao Direito: uma tese necessária para uma jurisdição possível**

A reforma processual, ao buscar alternativas para a resolução dos problemas do sistema jurídico, acaba por reproduzi-los, principalmente, por trazer consigo a influência que recebe do normativismo e da filosofia da consciência. Ao lançar uso do normativismo, a reforma aposta na possibilidade de que o julgador das instâncias superiores possa decidir que interpretação do direito se deve dar, adotando para isso a Súmula Vinculante. A mesma influência sofre o filtro imposto pela repercussão geral e pelos recursos repetitivos, em que se prevê a eleição de recursos representativos de outros de matéria idêntica.<sup>(26)</sup>

O que se poderia mudar, independente da reforma, deveria ser o paradigma pelo qual o direito se mostra vinculado e no qual é deixada de lado toda a complexidade das relações sociais, questão que poderia ser modificada com a adoção de uma fenomenologia hermenêutica, para que o fenômeno de decidir sobre determinado conflito pudesse ir “ao conflito mesmo”, e não a suas meras representações generalizadas. Procura-se, assim, mediante esse aporte, inserir-se no movimento da virada linguística e em todo(s) o(s) **cuidado(s)** necessário(s) que se deve ter.

A ideia de viragem linguística da filosofia representa o acolhimento da linguagem como *habit* da compreensão que se pode ter dos fenômenos, abandonando-a como velha condição de instrumento utilizado pelo sujeito para designar o sentido dos objetos. Nesse ideal há a fusão entre o sujeito e o objeto, onde o sentido de um faz parte do outro. O conhecimento se apresenta mergulhado num universo significativo, numa totalidade linguística onde os fenômenos se mostram.<sup>(27)</sup>

Dito isso, não se tem como sustentar que os sentidos das coisas se apresentem à disposição do sujeito, mas estão presentes no mundo e aparecem ao intérprete sempre vinculadas ao seu modo-de-ser. A atribuição de sentido não é um ato controlável pelo sujeito, sendo na verdade a assertiva invertida como mais adequada: é o sentido que controla o intérprete. Assim, o intérprete é fruto da sua colocação no mundo, das suas pré-compreensões que surgem da sua faticidade, historicidade e temporalidade. O sentido que o intérprete atribui “às coisas” está ligado a esses existenciais ontológicos, desenvolvendo-se sempre pelos teoremas do círculo hermenêutico e da diferença ontológica.

Pelo círculo hermenêutico deve-se entender como o movimento



compreensivo que se dá entre a totalidade significativa que determina o intérprete e o encontro com a necessidade de compreensão de um fenômeno individual, em que este é determinado por aquele e vice-versa. Com a diferença ontológica põe-se em questão a tarefa da fenomenologia hermenêutica, que é demonstrar o fenômeno em si mesmo, procurando precaver-se de duas consequências próprias da racionalidade: não se deixar levar pelas aparências das coisas; e afastar a tentação racionalista de determinação última de sentido, buscando compreendê-lo sempre de acordo com a sua contingência situacional. Essa “postura hermenêutica” permite a percepção da diferença existente entre ente e ser.(28)

A Nova Crítica ao Direito(29) é a tese que se apropria desse modo-de-ser hermenêutico, buscando através da fenomenologia uma maneira de compreender o fenômeno jurídico e procurando romper com o normativismo e a filosofia da consciência. Deixa-os de lado porque insere a diferenciação entre texto e norma,(30) reconhecendo-a como ontológica e não admitindo como possível que a norma seja obtida do texto sem um processo interpretativo, condição esta que se opõe à apreensão de essências típica da filosofia da consciência.

O conhecimento do direito ultrapassa as barreiras estritamente científicas, exigindo a tarefa prática de estabelecer uma regra de direito que ordenará como as partes envolvidas deverão se comportar, restringindo-lhes muitas vezes Direitos Fundamentais, com efeitos projetados para o futuro.

O sistema jurídico brasileiro vinculado ao modelo da *Civil Law* tinha como notória a dicotomia entre a lei e os fatos, cindindo a forma de conhecê-los na compreensão tradicional do direito. Primeiro se fazia necessário conhecer do direito – as regras que abstratamente determinariam as relações – para depois ser lançado o olhar sobre os fatos com a intenção de encaixá-los à forma das regras.(31) Sendo assim, o resultado é apresentado como o ajuste dos fatos ao direito, através de subsunções, e as respectivas consequências que elas podem ter.(32)

A tese que procurou desenvolver a Nova Crítica do Direito é a necessidade de compreensão do direito de maneira única a partir do momento em que se busca a sua aplicação a um determinado fato concreto. O conhecimento da regra projeta um sentido sobre determinados fatos que se concretizam nela, permitindo que novos casos apreciados venham a ser conhecidos numa comparação com os projetados, inserindo-lhes dentro do movimento circular compreensivo. Assim, a compreensão do alcance de determinada regra pode ser reconhecida no caso concreto, vindo a projeção do intérprete confirmar o sentido ou, em razão do acréscimo de faticidade, antes não percebida por quem compreendeu, tornar a regra inaplicável.

A regra jurídica pode ser considerada como uma projeção de regulamentação de um fenômeno social em razão das circunstâncias de tempo, espaço e contexto sócio-histórico que envolve tanto o caso concreto como o intérprete. Todavia, o que a atitude hermenêutica busca aqui é o reconhecimento da condição precária da projeção, para que a faticidade, na qual a regra encontra aplicação, não seja padronizada sem a conferência da correspondência compreensiva. Dizendo de outra maneira: que a regra jurídica não se feche para o caso concreto.(33)

Assim, quando as reformas processuais do sistema sinalizam para um tratamento uniforme dos casos precedentes, ascende a preocupação quanto à singularidade do caso concreto e a sua compreensão pelo jurista. Ou seja, quando determinada matéria for decidida e sumulada, haverá espaço para que a faticidade de um novo caso concreto implique uma revisão da compreensão ou será simplesmente escondida pela padronização? Não se pode esquecer que o sistema da *Civil Law* sempre elegeu uma dedução de regras gerais para situações particulares, movimento próprio que prejudica a apreciação da diferença do caso concreto. Observando a tradição de onde surgiu a doutrina do precedente, nota-se que a aplicação dele não se dá de maneira automática, através de

deduções, mas tão somente comparativamente, extraindo-se os critérios que regulamentam situações muito parecidas.

O que se pode objetar contra isso também é aplicável à escolha de recursos representativos, seja para a Repercussão Geral, seja para a decisão de Recursos Especiais Repetitivos. É a simplificação da natureza linguística do fenômeno ou, se se quiser, a falta do reconhecimento da finitude do intérprete.**(34)**

A opção da reforma por uma maneira de representação da controvérsia, fazendo com que recursos sejam representados por outros recursos escolhidos pelo presidente do tribunal, aposta no solipsismo e na negativa da finitude do conhecimento, condição que esquece a faticidade e a historicidade. Deixando-se de reconhecer as razões pelas quais determinado recurso se coloca contra a decisão, está-se esquecendo da possibilidade de que, justamente naquele caso, poderiam estar depositados os motivos que definiriam a compreensão do julgador em razão de um aspecto anteriormente não percebido por ele.

Esquece-se, assim, a possibilidade do diálogo ou da fusão de horizontes que poderia fazer com que o julgamento tivesse outro resultado, revelando parte da faticidade não observada do fenômeno jurídico e, por isso, passível de alterar a decisão (esta considerada como resultado de uma síntese compreensiva precária). Seria um processo de conhecimento em um constante acontecer,**(35)** cuja vinculação não pode ser perdida da faticidade.

Da mesma maneira, quando a reforma propõe a aplicação da mesma solução aos demais processos idênticos mantém a vinculação com a metafísica, equiparando vários fenômenos representados nos processos a um único, impedindo-se que o direito se dê e seja entendido caso a caso, com o esforço compreensivo que lhe é necessário. Sem a análise das circunstâncias do caso concreto para descobrir como se manifesta o fenômeno, não será possível resguardar um devido processo legal comprometido com a sua ideia substancial apresentada.

Nesses tempos, tem-se mostrado difícil para o direito a possibilidade de recobrar a sua condição problemática existencial, mergulhado na faticidade e na historicidade, fazendo com que a diferença surja através da análise das circunstâncias novas que cada caso concreto pode apresentar (aliás, única maneira de se garantir a efetividade do princípio do devido processo legal substancial), em vez de escondê-la sobre o manto de uma padronização funcional típica do normativismo jurídico.

### Considerações finais

As reformas realizadas no sistema processual brasileiro com a inserção da Súmula Vinculante, da Repercussão Geral e do Recurso Especial Repetitivo foi a maneira que o legislador elegeu para solucionar o problema da morosidade na prestação jurisdicional. Observando-se as mudanças, pode-se notar aproximação do direito processual brasileiro tipicamente originário da *Civil Law* com a doutrina dos precedentes, característica da *Common Law*.

O problema não estaria na efetiva aproximação entre as formas de desenvolvimento do pensamento jurídico e processual, mas na maneira pela qual o senso comum teórico brasileiro compreende a *Civil Law*. Essa compreensão está eivada em bases cientificistas e normativistas que prejudicam a simples transposição da doutrina dos precedentes para o sistema processual brasileiro.

Sob tal influência existe grande possibilidade de que a Súmula Vinculante perca a sua identidade inspirada no precedente da *Common Law*, vindo a adquirir no sistema brasileiro um caráter normativo de segundo grau, identificado no texto como um pseudorealismo. Quer-se dizer com isso que, além da produção de regras gerais e abstratas pela lei, essa condição

de criação do direito será copiada pela Súmula Vinculante. Ou seja, em vez de ela disciplinar a aplicação do direito no caso concreto e em razão dele, já existem indícios(36) de que ela servirá para emitir regulações interpretativas de maneira geral e abstrata.

Fazendo a alusão ao sistema da *Common Law*, a regra do precedente, de que se serve a Súmula Vinculante, não determina a aplicação do direito de maneira geral e abstrata, mas tão somente são abstraídos critérios das soluções dadas aos casos concretos, aplicados comparativamente a outros casos. Assim, o direito é concretizado caso a caso, sem a perda da faticidade e historicidade inerente a cada um deles.

Continuando, ao se equiparar os efeitos da Súmula Vinculante com os da legislação, a tendência é que se mantenha a tentativa de apreensão de sentido da aplicação do direito, pensamento que remonta ao modelo filosófico da metafísica clássica objetivista ou à filosofia da consciência. Isso quer dizer que, em razão desses pensamentos, a criação do direito se vale da possibilidade de apreensão do sentido das coisas independente do contexto sociotemporal, ignorando-se a revolução intelectual proporcionada pela virada linguística. Aliás, tal situação também se pode notar ao se eleger recursos representativos, como nos casos da demonstração da Repercussão Geral e dos Recursos Especiais Repetitivos, em que se acredita ser possível captar a essência da discussão, utilizando-a como a mesma para as demais demandas sobre o assunto, desconsiderando, assim, toda a contingência inerente à análise do caso concreto.

Contrapondo-se ao exposto e inserindo-se no paradigma pós-virada linguística, entende-se que uma alternativa viável seria a utilização de aportes da fenomenológica hermenêutica no direito, procurando fazer com que a linguagem seja considerada como condição de possibilidade significativa no mundo.

A partir de então é reconhecido ao fenômeno do direito toda a sua complexidade, ascendendo-se à condição de finitude do conhecimento variável de acordo com elementos existenciais como a historicidade, a faticidade e a temporalidade, que marcam a produção de sentido por meio do ser-no-mundo. A criação do direito não poderá mais ser confiada à regulamentação das essências das coisas, mas, tão somente, receber significado a partir das circunstâncias do caso concreto pelo qual se procura romper com o dogmatismo dos regramentos gerais e abstratos.

A conscientização da influência e da limitação da historicidade, da faticidade e da temporalidade no processo de compreensão dos fenômenos jurídicos permite que os teoremas do círculo hermenêutico e da diferença ontológica desvelem as especificidades do conhecimento jurídico no caso concreto, abrindo-se a contingência em contraposição à normatização e ao cientificismo jurídico que tendem a encobri-la.

Conhecendo a diferença pela análise dos projetos compreensivos de cada caso concreto,(37) será possível ao julgador ver o fenômeno sob outra perspectiva, dando chance para que a diferença apareça e estabeleça a necessidade de reformulação da compreensão, como exercício de uma jurisdição coerente com o princípio do devido processo legal substantivo.

### Referências bibliográficas

ANDREA FERREIRA, Fernando Galvão de. Realismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. In: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. v. I. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. v. I. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. In: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Réquiem para a tutela preventiva**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>> Acesso em: 28 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

\_\_\_\_\_. **Aproximações hermenêuticas**. 2. ed. Ijuí: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo**. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-185.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. 2. v.

## Notas

1. Considerando-se aqui o posicionamento que parece ser adotado pela reforma em que a jurisprudência, tida como dominante no sistema jurídico, vem a determinar *a priori* qual será o resultado da demanda.

2. DAVID. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 83.

3. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 326.

4. No original, MERRYMAN. **La tradición jurídica romano-canónica**. p. 86-87: *"Por una parte, la ilusión del estatuto que se aplica solo, de la norma legislativa tan clara que su aplicación es un proceso automático, quedó despejada hace mucho tiempo por la exposición a los hechos. Desde el período revolucionario, los tribunales de derecho civil han conocido y decidido disputas cuya resolución depende del significado que se impute a una disposición legislativa"*.

5. Nesse sentido, por exemplo, Cappelletti reconhece um aumento do poder do judiciário, colocando-se realmente como um terceiro poder em pé de igualdade com os demais, quando lhe foi reconhecido, a partir do início do Século XIX, o papel de controle sobre a opressão dos poderes executivo e legislativo, concretização das normas programáticas que dominarem o *Welfare State* e a elevação ao *status* constitucional dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais. Vale conferir: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 123.

6. Nesse sentido vale a consulta em: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

7. VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 149.

8. Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 18: "[...] (a) exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de recurso aos tribunais".

9. Para uma maior familiarização com a *Common Law* vale consultar: SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

10. Ideia desenvolvida por CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O direito hoje e com que sentido?** O problema atual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 43.

11. DESCARTES. René. **Discurso do método**. In: Os pensadores. São

Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 49.

12. DESCARTES, **Discurso do método**, p. 50.

13. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. In: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 417-418.

14. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

15. ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 60.

16. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Réquiem para a tutela preventiva**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>> Acesso em: 28 jul. 2008.

17. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. 2. v. p. 116. Privilegiando o autor: “Vendo-se desde o prisma do senso comum teórico, o positivismo jurídico é o horizonte significativo a partir do qual os juristas realizam contemporaneamente a razão e a realidade do direito”.

18. Idem, Ibidem, p. 119.

19. Tanto que em consideração as circunstâncias do caso concreto é que se admite a modificação do precedente. Nesse sentido, consultar: DAVID, **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, p. 83.

20. Diretamente do autor: ANDREA FERREIRA, Fernando Galvão de. Realismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 700: “[...] o realismo jurídico busca a realidade efetiva sobre a qual se apoia o Direito, isto é, o Direito real, que é aquele adotado pelos tribunais ao decidir o caso concreto”.

21. A comparação entre o enunciado constitucional e sumular revela todo o fetichismo que se adota no direito brasileiro para que a Constituição venha a ser aplicada. Quer dizer, se faz necessário lançar mão de uma Súmula Vinculante para que um dispositivo constitucional tenha a sua aplicabilidade reconhecida. Segue a comparação: **Constituição Federal**, artigo 97: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” **Súmula Vinculante** nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/porta/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_009](http://www.stf.gov.br/porta/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_009)> Acesso em: 28 jul. 2008.

22. O alerta há algum tempo foi feito por STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 635: “(no direito brasileiro) [...], onde a expressiva maioria das decisões judiciais baseia-se em ‘precedentes sumulares’ e verbetes jurisprudenciais retirados de repertórios ‘estandardizados’, que acabam sendo utilizados, via de regra, de forma descontextualizada”.

23. Para um aprofundamento na visão metafísica, tanto objetiva como subjetiva, remete-se a STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 115-138. Também a STEIN,

Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

24. Princípio desenvolvido por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 494-495: “A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem o direito não apenas a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares”. Continua o autor: “A proteção alargada através da exigência de um processo equitativo significará também que o controlo dos tribunais relativamente ao carácter ‘justo’ ou ‘equitativo’ do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto”.

25. Pergunta que pode recair sobre o sentido do direito ou, como problematizou Castanheira Neves, o direito hoje e com que sentido. Para tanto, remete-se ao próprio autor: CASTANHEIRA NEVES, **O direito hoje e com que sentido?**, 2002.

26. A própria expressão “matéria idêntica” remete a um tratamento metafísico objetificante de sentido, sinalizando para uma uniformidade das decisões judiciais que igualam abstratamente os problemas individuais de que trata o poder judiciário.

27. A apresentação da virada linguística pode ser observada em STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 157-174. O assunto também é explorado em OLIVEIRA, **Manfredo Araújo. Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

28. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. v. I. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

29. Tese que propõe aportes da hermenêutica filosófica no direito, podendo ser conferida em STRECK, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 257: “[...] o círculo hermenêutico, donde é possível extrair a conclusão de que o método sempre chega tarde (quando eu digo que interpreto de um determinado modo, baseado em dado ‘cânone hermenêutico’, o *Dasein* já se pronunciou de há muito, porque é condição de possibilidade), e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, contraponto básico para as dicotomias metafísicas que ainda povoam o imaginário dos juristas (essência e aparência, teoria e prática, questão de fato e questão de direito, texto e norma, vigência e validade, para citar apenas algumas que assumem uma relevância incomensurável no processo de aplicação do Direito), mediante as quais a doutrina e a jurisprudência passam a ideia de que o texto ‘carrega’ consigo o exato sentido da norma, assim como se na vigência do texto já estivesse contida a validade da norma”.

30. Condição que já se mostra por GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 79 et seq.

31. Tal influência pode ser observada pela cisão dos ritos processuais (conhecimento/execução), por exemplo, como denuncia SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

32. Como argumenta STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo**. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 176: “Subsunções escondem a singularidade dos

casos (e, portanto, a relação social), e a súmula, ao pretender construir conceitos universalizantes, poderá sacrificar a especificidade do caso *sub* análise, que é sempre único, irrepetível”.

33. Ideia característica do normativismo jurídico, podendo ser observado, por exemplo, na Teoria Pura do Direito, de Kelsen.

34. Como diz GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. v. I. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 467: “A verdadeira experiência é aquela na qual o homem se torna consciente de sua finitude. Nela, a capacidade de fazer e a autoconsciência de uma razão planificadora encontram seu limite. A ideia de que se pode dar marcha a ré a tudo, de que sempre há tempo para tudo e de que, de um modo ou de outro, tudo retorna se mostra como uma ilusão. Quem está e atua na história faz constantemente a experiência de que nada retorna. Nesse caso, reconhecer o que é não quer dizer conhecer o que se dá singularmente aí, mas perceber os limites dentro dos quais ainda há possibilidade de futuro para as expectativas e os planos: ou, mais fundamentalmente, reconhecer que toda expectativa e toda planificação dos seres finitos é, por sua vez, finita e limitada. A verdadeira experiência é assim experiência da própria historicidade.”

35. Falando sobre o choque que a ideia de acontecer da verdade provoca aos adeptos do pensamento cientificista, condição que pode ser equiparada ao sentido: STEIN, Ernildo. **Aproximações hermenêuticas**. 2. ed. Ijuí: EDIPUCRS, 2004. p. 75: “Na expressão ‘acontecer da verdade’ está o elemento da faticidade a que nos referimos várias vezes, sobretudo na análise, segundo Heidegger, que diz: todo o processo de compreensão do ser é limitado por uma história, pela história do ser que limita a compreensão. Há uma história do ser que nos permite perceber que há um acontecer da verdade. Isso pode tomar hoje uma concretude maior sobretudo quando nos damos conta de que esse acontecer está estreitamente vinculado, na exposição de Gadamer, ao problema da tradição, quer dizer, faz parte de uma tradição”.

36. Exemplo que pode ser dado pela exigência por Súmula Vinculante, a de número dez, para a aplicação do artigo 97 da Constituição Federal.

37. Condição que se aplica a todos os instrumentos da reforma analisados, visto que a diferença se abre na análise do caso concreto, sendo possível denunciar a impropriedade da compreensão do fenômeno jurídico, contrapondo-se à uniformização do efeito vinculante e ao procedimento de representatividade na análise da matéria eleita solipsistamente nos casos de admissão do Recurso Especial Repetitivo ou de verificação de existência da Repercussão Geral.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

**MORAIS, Fausto Santos de.** *As reformas do sistema processual brasileiro e a aproximação das famílias da Civil Law e Common Law: (im)propriedades do pensamento jurídico sob uma perspectiva da hermenêutica filosófica.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:  
< [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/fausto\\_morais.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/fausto_morais.html) >  
Acesso em: 20 ago. 2009.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS